

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0011/98-6
RECORRENTE - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO – S.A.A.E.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão CS nº 2032-21/01
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0202-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA. NÃO INCIDÊNCIA. Representação proposta de acordo com o art. 113, II, § 5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), c/c o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), no sentido de cancelar o presente Auto de Infração, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do RE 607056-RJ, que declarou a não incidência do ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelos concessionários de serviço público, e Incidente de Uniformização PGE 2016.174893-0. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 113, II, § 5º do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), combinado com o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe esta Procuradoria Fiscal que seja decretado o cancelamento do lançamento fiscal e a consequente extinção da ação judicial correlata.

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/12/1998, exigiu do SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO – S.A.A.E., autarquia municipal da cidade de Gandu/Ba, que tem por atividade o fornecimento de água potável canalizada àquele município, o ICMS pela constatação de três irregularidades por ela cometida contra a legislação tributária deste Estado, vigente à época dos fatos geradores, a saber:

1. Falta de recolhimento do imposto apurado através de arbitramento de sua base de cálculo tendo em vista que não foi apresentado à fiscalização estadual, quando solicitado, os livros fiscais da empresa. Período: anos de 1993 a 1995 e janeiro de 1996.
2. Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares referente às operações não escrituradas nos livros fiscais. Período: fevereiro/1996 a agosto/1998.
3. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Período: outubro e dezembro de 1995 e abril de 1996.

O lançamento fiscal foi impugnado pela empresa autuada junto a este CONSEF, que decidiu, à unanimidade, pela PROCEDÊNCIA da autuação nas suas duas Instâncias (Acórdão da JJF Nº 1347/99 - fls. 204/206 dos autos e Acórdão Nº CJF 0616/01 - fls. 241/243 dos autos). Ainda foi interposto, pela empresa, Recurso de Revista (Acórdão CS Nº 2032-21/01 – fls. 287/290) não sendo conhecido ante a ausência dos requisitos legais à sua admissibilidade.

Diante do regular desenvolvimento do processo administrativo fiscal, foi realizada a inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa em 2002 e ajuizada a competente ação executiva fiscal.

Em abril de 2018 (fl. 321), o Procurador, Dr. José Luiz Maia Borges encaminhou o Auto de Infração ao Procurador Chefe da PROIN/PGE, tendo em vista o teor da Ordem de Serviço PGE nº 021, de 06/12/2016 (anexa – fl. 322 do PAF).

O Procurador Assistente da PGE/PROIN, Dr. Hugo Coelho Régis, emitiu Manifestação Conclusiva em Parecer (fl. 326/327) ressaltando que a matéria tributária sobre o fornecimento de água canalizada foi objeto de decisão do STF no RE 607056, que acolheu a tese da não incidência do ICMS sobre esta operação.

Em assim sendo, a Procuradoria Geral do Estado editou a Ordem de Serviço nº 021 onde atribui *“caráter sistêmico à conclusão aprovada pela Procuradoria Fiscal – PROFIS nos procedimentos de Uniformização de Orientação Jurídica tombado sob o nº PGE/20161748930, autorizando os Procuradores do Estado a reconhecer a procedência do pedido e abster-se recorrer, nos processos judiciais e administrativos em que conste a tributação do ICMS em relação à água canalizada”*.

Como o objeto do presente processo, arguida pelo anterior Procurador, encontrava-se acobertada pelo teor da Ordem de Serviço nº 021, acolheu o parecer exarado em relação às infrações 01 e 02 dos autos, orientando o seu deferimento para que fosse promovido o cancelamento das mesmas com fulcro no art. 13, § 5º, inciso I, do RPAF/BA.

E, a título de conclusão, diante das disposições do art. 41, II, da Lei Complementar nº 34/2009 (Lei Orgânica da PGE) ratificou, parcialmente, os termos do Parecer cuja orientação foi pelo *“cancelamento do lançamento tributário relativo à tributação do ICMS sobre água canalizada, objeto do AI 269141.001/98-6, até que se configure nova situação do débito remanescente do SAAE”*.

Encaminhou os autos à PGE/PROFIS/NDA.

Em Parecer da lavra da n. Procuradora, Dra. Angeli Maria G. Feitosa (fls. 333/334), constou relatado que em 16/05/2013, no julgamento da RE 607056-RJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a não incidência do ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelas concessionárias de serviço público, com o reconhecimento de repercussão geral sobre o tema.

À luz desta decisão e do grande número de processos em que se discute a tributação do ICMS em relação à água canalizada, solicitou aos membros do seu NAIPE a elaboração de relatório com o objetivo de obter definição a respeito da melhor estratégia a ser adotada nos processos administrativos e judiciais que envolvessem a matéria.

No relatório final produzido pelo NAIPE, restou assentado que o princípio da eficiência, que conduz a atuação da Administração Pública, impõe que sejam tomadas medidas acautelatórias, objetivando evitar sucumbências judiciais desnecessárias. Em assim sendo, que fosse absorvida a decisão do STF a respeito do assunto (RE 607056-RJ), segundo a qual não se considera hipótese de incidência do ICMS o fornecimento de água potável pelas concessionárias de serviço público sob pena da manifesta possibilidade de desfecho desfavorável das demandas judiciais ao Estado.

Neste contexto, após exaustivo debate, inclusive o precedente constante do julgamento do RE 607056-RJ, qualificado como representativo de controvérsia, foi aprovado este relatório final e conclusivo, posteriormente, ratificado pelo Procurador Chefe que lhe atribuiu o caráter de uniforme, *“no sentido da conveniência em fixar-se orientação uniforme autorizando aos Procuradores do Estado acolherem a tese de não incidência do imposto estadual sobre o fornecimento de água potável pelas concessionárias de serviços públicos”*.

Porém, tal entendimento não implicava em prejuízo do dever de contestar e recorrer em relação a outras matérias objeto do processo, *“inclusive a prova de recolhimento do tributo constante de processo e ao prazo prescricional da repetição de indébito”*.

Voltando-se ao presente Auto de Infração, a n. Procuradora ressaltou de que a matéria das infrações 01 e 02 nele constantes são exatamente o objeto de tudo ora explanada.

Desta forma, outra alternativa não tinha senão representar ao CONSEF com vistas ao cancelamento parcial do lançamento fiscal, mais especificadamente das infrações 01 e 02, com a consequente extinção do débito objeto da ação judicial correlata com fulcro no art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA c/c § 2º, do art. 136, do COTEB.

Encaminhou os autos para o crivo da i. Procuradora Assistente da NCA/PGE/PROFIS.

Em Despacho (fl.335) a i. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos Salau, inicialmente comentou sobre ao Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica nº 2016.174893-0 da Procuradoria Geral do Estado sobre a matéria em lide, ressaltando que muito embora *“a tese se refira ao ICMS incidente sobre o fornecimento de água em si mesmo, o próprio pressuposto que o fundamenta, de não serem contribuintes de ICMS as empresas de fornecimento de água, lograria, por si só, ferir de morte também a imputação fiscal relativa à falta de recolhimento do diferencial de alíquota, conduzindo à improcedência total do auto de infração”*, uma vez que somente poderia ser exigida tal obrigação a empresa se fosse demonstrada sua condição de contribuinte de ICMS, fato que não ocorrerá se esta qualificação lhe tenha sido atribuída, única e exclusivamente, em razão do fornecimento de água canalizada, cuja operação não encontra-se sujeita à incidência do imposto.

Em assim sendo, antes de *“efetuar a censura hierárquica do pronunciamento de fls. 333/334”* encaminhou os autos à INFAZ Santo Antônio de Jesus para que fosse esclarecido, de forma objetiva, se a empresa autuada exerce atividade econômica diversa da captação, tratamento e distribuição de água canalizada. E, caso positivo, deveriam ser indicadas quais as atividades são exercidas pela empresa autuada e se estão sujeitas à incidência do ICMS.

O autuante informou à PGE/PROFIS, à fl. 338, que a empresa autuada encerrou suas atividades em 15/06/2011 e que, até então, não exercia atividade diversa da captação, tratamento e distribuição de água canalizada.

Com tal informação, a i. Procuradora Angeli Maria G. Feitosa, emite Representação a este CONSEF (PROFIS-NCA-AGF Nº 073/19) às fls. 341/342, com o mesmo conteúdo do seu anterior parecer de fls. 333/334 a respeito da não incidência do ICMS sobre o fornecimento de água canalizada por concessionária de serviço público.

E, quanto à infração 03, diante da informação prestada pelo autuante, restou provado que a empresa não figurava como contribuinte do ICMS. Como o diferencial de alíquota somente é exigido aos contribuintes deste imposto, esta infração, de igual forma, deixava de existir.

Encaminhou a Representação para o crivo da i. Procuradora Assistente da NCA/PGE/PROFIS.

A Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, ao analisar a Representação proposta, opinou pelo seu acolhimento nos termos em que a mesma foi proposta (fl. 343).

A PGE/PROFIS encaminhou a Representação ao CONSEF para que seja cancelado o Auto de Infração e a consequente extinção da ação judicial correlata, com fundamento no art. 113, § 5º, inciso II do RPAF c/c § 2º, do art. 136 do COTEB.

VOTO

É mister registrar, com base no que dispõe o art. 113 do RPAF/BA, que é da competência da Procuradoria Fiscal, que integra a Procuradoria Geral do Estado, efetuar o controle da legalidade. Assim sendo, este egrégio órgão estadual representou à este CONSEF, com supedâneo no art. 113, II, § 5º do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), combinado com o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de cancelar o Auto de Infração em epígrafe, bem como decretar a extinção da ação judicial correlata.

O presente Auto de Infração foi lavrado pela falta de recolhimento do ICMS, apurado através de arbitramento de sua base de cálculo, tendo em vista que não foi apresentado à fiscalização estadual, quando solicitado, os livros fiscais da empresa (Infração 01), falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais, (Infração 02), e a falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias provenientes de outra Unidade da Federação, e destinadas ao consumo do estabelecimento (Infração 03).

Após a conclusão do devido Processo Administrativo Fiscal, cuja decisão teve por base a

legislação estadual vigente quando da autuação, foi ele inscrito em Dívida Ativa e ajuizada a competente ação executiva fiscal.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE 607056-RJ, ocorrido em 16/05/2013, com o reconhecimento de repercussão geral sobre o tema, declarou a não incidência de ICMS sobre o fornecimento de água tratada pelas concessionárias de serviços públicos, inclusive explicitando que não se caracteriza uma operação de circulação de mercadoria, conforme ementa a seguir transcrita:

EMENTA Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador. 1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS. 2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização. 3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria. 4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e na ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro Néri da Silveira. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Isto posto, à luz do posicionamento do STF, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, tomando as medidas acautelatórias para evitar sucumbências judiciais desnecessárias, editou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.174893-0, o qual traz o claro entendimento firmado de que não incide ICMS sobre o fornecimento de água potável, por concessionárias de serviços públicos.

Tal entendimento, como bem pontuado pela PGE/PROFIS, por si só, fundamenta a condição de não serem contribuintes de ICMS as empresas de fornecimento de água, o que, de imediato, conduz à improcedência das infrações 01 e 02, e, em princípio, da infração 03, caso a empresa autuada tivesse como atividade, única e exclusivamente, o fornecimento de água canalizada.

Para dirimir qualquer dúvida, o processo foi encaminhado pelo susomencionado órgão de controle, à Inspetoria de Santo Antônio de Jesus/Ba, quando restou provado que as atividades exercidas pela empresa autuada, (autarquia municipal de Gandu), se restringiam exclusivamente à captação, tratamento e distribuição de água canalizada.

Com tal informação, a infração 03, de igual modo, não pode prosperar, pois a empresa não figura como Contribuinte de ICMS, já que somente pode se exigir diferencial de alíquota aos contribuintes do ICMS.

No bojo do ora exposto, este tem sido o caminho adotado por este e. CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 0255-11/19, 0153-12/18 e 0164-12/18.

Diante de tudo quanto exposto, à luz dos fatos, dos documentos e da legislação aplicável, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação e pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo este PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS, para adotar as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 269141.0011/98-6, lavrado contra SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO – S.A.A.E.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS– PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS– RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS